Die rechtliche Natur des Wiederkaufsrechts.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Juristischen Fakultät

der

Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Georg Hirschfeld

Kammergerichts-Referendar.

BERLIN 1903.

Druck von Heinrich Schiftan, Berlin S., Stallschreiber-Strasse 27-28.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549203_0050

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsübersicht.

Seite

A. Das Wiederkaufsrecht.

§ 1. I. **Stellung im B. G. B., sein Begriff und wirtschaftlicher Zweck** 1

§ 2. II. **Geschichtliche Entwicklung**

a) röm. Recht 3

b) gem. Recht 7

c) Partikularrechte 8

d) Vorarbeiten zum B. G. B. 9

B. Die rechtliche Natur des Wiederkaufsrechts.

1. Die verschiedenen Theorien von der rechtlichen Natur des Wiederkaufsrechts 10

§ 3. I. **Diejenigen Theorien, die nur den ursprünglichen Kauf berücksichtigen**

a) Theorie des resolutiv bedingten Kaufes 11

b) Theorie des Rücktrittsrechtes 12

c) Theorie des Einlösungsrechtes 12

§ 4. II. **Diejenigen Theorien, die in dem Wiederkauf einen selbständigen Kauf sehen.**

a) Theorie des Vorvertrages 15

b) Theorie der Rückverkaufsofferte 17

c) Theorie des suspensiv bedingten Kaufes 18

II. Die gesetzlichen Bestimmungen des B. G. B. über den Wiederkauf (§§ 497—503) unter Berücksichtigung ihrer Stellung zu den einzelnen Theorien 19

§ 5. I. **Die Einräumung des Wiederkaufsrechts**

a) Zeit und Form 21

b) Objekte und Subjekte 25

§ 6. II. **Die Ausübung des Wiederkaufsrechts**

a) Zeit und Form 27

b) Subjekte 30

c) Wirkung 30

§ 7. **Wirkungen des ausgeübten Wiederkaufsrechts.**

A) Verpflichtungen des Wiederkäufers 32

B) Verpflichtungen des Wiederverkäufers 32

§ 8. **C. Stellungnahme der Arbeit zu der rechtlichen Natur des Wiederkaufsrechts** 36

§ 1.

Stellung des Wiederkaufsrechts im B. G. B., sein Begriff und wirtschaftlicher Zweck.

Das B. G. B. hat im Anschluss an den Kauf in den §§ 494-514 besondere Arten des Kaufes geregelt, und zwar:

1. den Kauf nach Probe und den Kauf auf Probe,
2. den Wiederkauf,
3. den Vorkauf.

Mit Ausnahme des Kaufs nach Probe, bei dem der gekaufte Gegenstand die Eigenschaften einer bestimmten Probe haben muss, stellen die übrigen Institute das Wirksamwerden des Kaufes in das Belieben eines der Kontrahenten. Dies ist ganz besonders beim Wiederkauf der Fall, der mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, dass er das Wiederkaufsrecht ausübe, zu Stande kommt. Es sei darauf hingewiesen, dass auch der umgekehrte Fall denkbar ist, nämlich der Kauf unter Vorbehalt des Wiederverkaufsrechts, über den aber wegen seiner grossen Seltenheit und daher praktischen Belanglosigkeit das Gesetzbuch besondere Regeln zu geben unterlässt. Ebenso schreiben die Motive [1]): „Dieser ist so selten, dass für das Gesetz kein Anlass besteht, ihn besonders hervorzuheben. Zudem wird das Geschäft, wenn es vorkommt, meist als Vorbehalt des Reurechts sich darstellen. Die in der (älteren) Gesetzgebung sich findende Vorschrift, dass vorkommenden Falls auf den Vorbehalt des Wiederverkaufs die Vorschriften über den Vorbehalt des Wiederkaufs Anwendung finden, ist so allgemein und unbestimmt, dass damit schwerlich mehr erreicht wird, als sich von selbst versteht". Immerhin aber werden unter Umständen die §§ 497 ff. darauf entsprechend

[1]) Bd. II S. 342.

anzuwenden sein, eventuell auch die §§ 346 ff. über den Rücktritt [2]).

Dieses Wiederkaufsrecht ist nun im Gegensatz zum Vorkaufsrecht veräusserlich und vererblich. Damit ist zugleich dargethan, dass das Wiederkaufsrecht nicht ein Anspruch im Sinne des § 194, Abs. 1 B. G. B. ist; infolgedessen ist die Ausdrucksweise, wie sie sich bei Müller und Meickel [3]) findet, dass das Wiederkaufsrecht dem Verkäufer nur einen Anspruch gegen den Käufer gewährt, ungenau. Vielmehr muss man das Wiederkaufsrecht scharf von dem dasselbe bezweckenden Wiederkaufe unterscheiden. Hierbei kommt man zu dem Ergebnis, dass das Wiederkaufsrecht das dem eigentlichen Verkäufer zustehende Recht ist, durch einseitige Erklärung den Wiederkauf zu Stande zu bringen. Ebenso Planck [4]).

Welches ist nun der wirtschaftliche Zweck, der mit dem Wiederkauf erreicht werden soll?

Sehr häufig kommt es vor, dass jemand sich in einer (zwar augenblicklichen) aber vorübergehenden Geldnot befindet. Um nun zu verhüten, das seine Existenz, die vielleicht sonst ganz gut ist, vernichtet wird, ist das Streben der heutigen Volkswirtschaft darauf gerichtet, ihm Mittel an die Hand zu geben, sich auf bequeme Weise Geld zu verschaffen. Hierzu dienen ganz besonders das Institut der Verpfändung und des Wiederkaufs. Wie schon Platner [5]) ausführt, liegt die Bevorzugung des Kaufs mit Wiederkauf vor der Verpfändung in der Natur der Rechtsverhältnisse. Denn da der Käufer das volle Eigentum an dem Kaufobjekt erlangte, während der Pfandgläubiger nur Besitz und Genuss an dem Pfandobjekt hatte, fand der Grundbesitzer, welcher Geld nötig hatte, weit leichter einen Käufer seines Eigentums, als einen Pfandgläubiger, der ihm gegen Verpfändung Geld vorstreckte.

---

[2]) Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse S. 217.

[3]) Müller und Meickel: Das bürgerl. Recht Bd. I S. 264.

[4]) Planck, Bürgerl. Gesetzbuch Bd. II Anm. 3 zu § 497.

[5]) Platner: Der Wiederkauf, eine deutsch-rechtsgeschichtliche Abhandlung, in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. IV S. 123-167.

Andererseits gewährt gemäss Kuhlenbeck [6]) die Nebenabrede des Wiederkaufs in Verbindung mit einem fiduziarischen Kaufgeschäft unter Uebereignung durch constitutum possessorium nach der bislang herrschenden Meinung des Reichsgerichts ein zulässiges Ersatzmittel, um den wirtschaftlichen Zweck der Mobiliarpfandsicherheit zu erreichen. Denselben Standpunkt vertreten die Protokolle [7]). Das Wiederkaufsgeschäft dient also vor allem dem Kreditwesen. Denn dadurch das der Verkäufer sich bei einem Kaufvertrage das Recht vorbehält, falls er will, später die Sache zurückzuerwerben, verschafft er sich auf einfache Weise Geld, ohne dass doch damit die Sache für ihn auf immer verloren ist.

Diese Gestalt, die unser Institut heute hat, ist indessen erst im Laufe der Jahrhunderte zur Entwickelung gelangt. Es wird daher zunächst unsere Aufgabe sein, an der Hand eines historischen Ueberblicks die verschiedenen Stadien unseres Rechtsbegriffs klarzulegen.

§ 2.

Geschichtliche Entwicklung

a) Röm. Recht.

Das römische Recht giebt für das Bestehen des Wiederkaufsrechts nur wenige Anhaltspunkte, und so kommt es, dass eine grosse Meinungsverschiedenheit darüber besteht, ob das Corpus iuris das Institut bereits kennt oder nicht. Während die herrschende Ansicht [1]) diese Frage bejaht, wird sie auch

---

[6]) Kuhlenbeck: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Civilrechts. Juristische Wochenschr. 30. Jahrg. 1901.

[7]) Protokolle Bd. III S. 201.

[1]) a) Bechmann betont S. 532, dass der Vorbehalt des pactum de retrov. auch den Quellen bekannt ist, ohne dass er hier eine Ausgestaltung im einzelnen erhalten hat. Ebenso Unterholzner, Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen Bd. II S. 224, Dernburg: Pandekten Bd. II § 95 No. 5 Anm. 14.

b) Treitschke, Kaufkontrakt § 54 S. 200-209. Vom Wiederkauf führt aus, dass die Römer das Institut gekannt haben, allerdings nicht

von einer ganzen Reihe von Schriftstellern [2]) verneint. Daher ist es nötig, die Quellen einer genauen Prüfung zu unterziehen.

Ganz besonders kommen für unser Institut die l. 12 D de praescr. verbis 19,5 und l. 2 C. de pactis inter emptorem et venditorem compositis 4,54 in Betracht. Die Stellen lauten:

1. „Si vir uxori suae fundos vendidit et in venditione comprehensum est, convenisse inter eos, si ea nupta ei esse desisset, ut eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro, in factum existimo iudicium esse reddendum: idque et in aliis personis observandum".
2. „Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, ut sive ipsi, sive heredes eorum emtori pretium quandocumque vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur, teque parato satisfacere condicioni dictae heres emtoris non paret, ut contractus fides servetur, actio praescriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur, habita ratione eorum quae post oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad adversarium pervenerunt".

Was zunächst die erste Stelle anbetrifft, so hängt die Entscheidung lediglich davon ab, was unter dem Wort „transscriberet" zu verstehen ist. Während Anton Faber [3]) transscriberet mit redderet gleichstellt, führt Koch [4]) S. 251

---

unter dem Namen pactum de retrovendendo, sondern pact. de re restituenda oder ut res inempta.

c) Zweifelnd Windscheid, Pand. Bd. II § 388 Anm. 2 und 7 und Sintenis, das prakt. gem. Civilrecht Bd. I § 116 Anm. 226.

[2]) a) Anton Faber: De erroribus pragmaticorum Dec. XXII error 3.

b) Holtzendorff: Rechtslexikon Bd. III S. 1333 erkennt die Existenz im röm. Recht nicht an, sondern stellt es einem pactum displicentiae zu Gunsten des Verkäufers gleich.

c) Koch: Recht der Forderungen Bd. III § 246 S. 215: Die röm. Rechtsquellen reden nirgends von einem Wiederkauf. Ebenso Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht Bd. II S. 78-82, Glück, Pandekten Bd. XVI § 997.

[3]) Anton Faber, siehe Glück S. 205.

[4]) Koch: Recht der Forderungen Bd. III S. 251.

aus: „Das transscribere bedeutet hier keinen juristischen Begriff und ist vielleicht mit Bezug auf die über Grundstücke vermutlich geführten Steuerregister gebraucht". Hiergegen wendet sich namentlich Schütze[5]), welcher transscribere durch einen Hinblick auf die wirtschaftlichen Verhältnisse Roms zu erklären sucht und dabei zu dem Schluss kommt, dass in dieser Stelle transscribere zweifellos nur kaufen bedeutet, welcher Ansicht ich mich anschliesse. Allerdings glaube ich, geht Schütze mit seiner Erwägung zu weit, dass die lex 12 D 19,5 thatsächlich von einem pactum de retrovendendo handelt, das unter den allgemeinen Begriff des Vorvertrages fällt. Ein solches pactum de contrahendo liegt, wie Degenkolb[6]) ausführt, nur vor, wenn:

„1. ein künftiger Vertragsschluss in Aussicht genommen,
2. eine darauf gerichtete Verpflichtung vertragsmässig eingeräumt ist, dergestalt, dass eben der Verpflichtete durch seine Mitwirkung bei dem contrahere den künftigen sogenannten Hauptvertrag herzustellen oder dazu mitzuhelfen hat".

Infolgedessen scheiden nach seiner Ansicht alle Fälle aus, in denen von dem Abschluss eines künftigen Vertrages überhaupt nicht die Rede ist, sondern von blossen in die Zukunft hinausreichenden oder durch zukünftige Ereignisse in ihrem Erfolg bedingten vertragsmässigen Modifikationen des bereits geschlossenen Vertrages. Und hierhin gehört seines Erachtens die römisch-rechtliche Gestaltung des vertragsmässigen Vorbehalts des Wiederkaufes.

In der zweiten Stelle sehen die Glossatoren[7]) ein pactum de retrovendendo. Dies ist jedoch nicht der Fall, wie man aus dem Wort restitueretur ersehen kann. Dies bedeutet

---

[5]) Schütze: Dissertation S. 18-22.

[6]) Degenkolb: Der Begriff des Vorvertrages. S. 22-23.

[7]) Accursius in seiner glossa ordinaria: „Pater tuus vendidit Titio fundum hoc pacto, ut quandocunque pretium sibi refunderet, vel heres, vel intra certa tempora restitueret ei fundum offerente te, qui es heres patris, pecuniam: Si Titius vel heres eius fundum non restitueret, agere potes praescriptis verbis, ut fides servetur."

lediglich, dass der Käufer verpflichtet ist, die Sache zurückzutradieren, ohne jedoch gezwungen zu sein, mit seinem früheren Verkäufer einen neuen Kaufvertrag abzuschliessen.

Ohne mich vorläufig zu entscheiden, ob in den beiden oben angeführten Quellenstellen Anklänge zum Wiederkaufsrecht zu finden sind, gehe ich kurz auf die übrigen Quellenstellen ein, die gewöhnlich noch angeführt werden. Die l. 7 Cod. de pactis inter emptorem et venditorem compositis 4,54 enthält, wie die Mehrzahl annimmt, ein pactum displicentiae[8]). Aus demselben Grunde scheiden die l. 2 § 5 D pro emtore 41,4 und l. 6 D de rescindenda venditione 18,5 aus. Auch die l. 6 quando decreto opus non est, enthält, wie Glück Bd. 16 S. 205 ausführt, ein pactum displicentiae. Dies möge genügen, um darzuthun, dass alle übrigen Stellen ausser der l. 12 D 19,5 und l. 2 C 4,54 unter irgendwelche anderen juristischen Begriffe zu bringen sind. Während nun sonst geschlossen wird [9]), dass diese beiden Stellen so wenig ergiebig sind, dass wir hinsichtlich des römischen Rechts keine allgemeinen Folgerungen für das Wiederkaufsrecht ziehen können, komme ich gerade zu dem entgegengesetzten Schluss. Daraus, dass sich diese beiden Stellen im Gegensatz zu den anderen unter keinen juristischen Begriff bringen lassen, müssen wir es mit einem Institut sui generis zu thun haben, und dies kann nur der Wiederkauf sein. Dies halte ich von Wichtigkeit, um der Ansicht entgegenzutreten, dass die Romanisten

---

[8]) Anderer Ansicht. a) Bechmann S. 533, welcher diese Stelle in Zusammenhang mit dem pact. de retrovendendo bringt. b) Windscheid: Pandekten Bd. II § 388 Anm. 7, welcher in dieser Stelle die Möglichkeit eines bedingten Kaufvertrages sieht.

[9]) a) Hahn: Der Wiederkauf S. 14: Das Resultat unserer Prüfung ist, dass der Wiederkauf dem römischen Recht bekannt und an 2 Stellen behandelt ist, dass aber die in den Quellen enthaltenen Thatbestände mit der Annahme eines Vorvertrages auf Abschluss eines Wiederkaufs unvereinbar sind.

b) Schütze S. 27: Die Quellen erwähnen zwar das pactum in l. 12 D. 19,5, aber auch hier so wenig ergiebig, dass für das Wesen desselben auch aus dieser Stelle keine allgemeinen Folgerungen zu ziehen sind.

das Institut des Wiederkaufs nach der Rezeption in Deutschland entwickelt vorfanden und es nun in das Corpus iuris civilis hineinzukonstruieren suchten. Denn ich bin der Meinung, dass das Wiederkaufsrecht — so wie wir es heute haben — aus einer Vereinigung römisch- und deutschrechtlicher Lehren entstanden ist, wenn auch zugegeben werden muss, dass die Hauptentwicklung sich in Deutschland vollzogen hat, und zwar im 13., 14. und 15. Jahrhundert.

b) Gemeines Recht.

Dem geldbedürftigen deutschen Grundeigentümer standen, wie wir schon in der Einleitung ausgeführt haben, zwei Mittel zur Verfügung, um sich Geld zu verschaffen und sich zugleich vor dauernder Entäusserung des Grundstückes zu schützen, nämlich:

a) die Hingabe der Sache als Pfand und

b) der Vorbehalt des Wiederkaufs. Vgl. Platner [10]).

Als Entstehungsgründe des letzteren zählt Platner folgende auf:

1. „das Fehlen des Personalkredits,
2. die Unzulänglichkeit des sonstigen beweglichen Vermögens, namentlich der Mangel an baarem Gelde,
3. das Zinsverbot des kanonischen Rechts, bei Gestattung von Zinsen, deren hoher Betrag,
4. die hohen Kosten von Bürgschaft durch Einlager".

Der Wiederkauf war also lediglich ein Mittel, um sich auf bequeme Weise ein Darlehen zu [11]) verschaffen [12]), und es fand eine rasche Verbreitung, weil das Zinsverbot bequem dadurch umgangen werden konnte, dass als Wiederkaufspreis ein höherer festgesetzt wurde, als der ursprüngliche Betrag. Die Folge davon war, dass in vielen Fällen das Rechtsgeschäft

---

[10]) Platner: Der Wiederkauf in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte 1864 Bd. IV S. 123-127.

[11]) Pütter, auserlesene Rechtsfälle III. Bd. Teil 3, Resp. 306 No. 13: „Verpfändungen werden oft in Wiederkaufsverträge eingekleidet."

[12]) In ähnlicher Weise: Entsch. des Reichgerichts in Civilsachen Bd. 5 S. 201.

einen wucherischen Charakter annahm und bereits im 16. Jahrhundert gegen die Wiederkaufsgeschäfte, sofern die Zinsverbote durch sie umgangen wurden, gesetzgeberisch eingeschritten wurde [13]).

Bei der Rezeption des römischen Rechts war also bereits das Institut des Wiederkaufs in Deutschland weit verbreitet. Die gemeinrechtliche Theorie und Praxis hat nun auf Grund der oben behandelten Quellen und unter Berücksichtigung des deutschrechtlichen Wiederkaufes das Institut weiter entwickelt, ohne jedoch zu einer bestimmten theoretischen Auffassung des Instituts zu gelangen.

c) Partikularrechte.

Immerhin aber war der Einfluss der gemeinrechtlichen Entwicklung so gross, dass das Wiederkaufsrecht auch in den verschiedenen Partikularrechten Aufnahme gefunden hat. Selbstverständlich ist es unmöglich, auf dieselben näher einzugehen; vielmehr möge im allgemeinen ein Verweis auf Gruchot [14]) genügen, der eine Zusammenstellung der einzelnen Partikullarrechte giebt. Um sich jedoch einen Begriff davon zu machen, was man sich in damaliger Zeit unter einem Wiederkaufsrecht vorstellte, will ich das erneuerte gemeine Land-Recht des Herzogtums Württemberg von 1610 Teil II Titel 12 § 1 anführen:

> „Wann in einem Kauf beredt und angedingt würdt:" „So der Verkäuffer in einer benannten Zeit, oder wann er will, den Kaufschilling wieder erlege, dass ihm alsdann das kauffte Gut um denselbigen wider verkauft und eingeraumht werden solle:" „Solch Pact oder Geding (so fern es aigentlich also, und nicht zu einem Schein, oder von eines andern wegen für gegangen) soll Kraft haben."

Eingehend wird das Wiederkaufsrecht von dem allgemeinen Landrecht für die preussischen Staaten in den §§ 296-330 im

[13]) Vgl. die Reform. Guter Pol. zu Augsburg Anno 1548 Tit. 17 § 1.

[14]) Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Preuss. Rechts durch Theorie und Praxis. Vom Wiederkaufe S. 585-613.

11. Titel des I. Teils behandelt. Wenn in diesen Paragraphen auch das gemeine Recht zu Grunde gelegt ist, so finden sich doch verschiedentlich wesentliche Abweichungen von demselben. Da aber das A. L. R. die rechtliche Natur nicht entscheidet, so erübrigt es sich jetzt, näher auf die §§ einzugehen, da wir später bei der Behandlung des B. G. B. auf die Unterschiede hinweisen werden.

d) Vorarbeiten zum B. G. B.

Wie aus den Motiven ersichtlich ist, will der Entwurf eines B. G. B. für das deutsche Reich, der den Wiederkauf in den §§ 476-80 eingehend behandelt, über die juristische Konstruktion desselben nichts bestimmen. Dies ist wohl hauptsächlich deshalb unterlassen worden, weil diejenigen Gesetze, die im 19. Jahrhundert verfasst worden waren und am meisten Berücksichtigung verdienten, zwar einen bestimmten Standpunkt hinsichtlich der rechtlichen Natur des Wiederkaufsrechts einnahmen, aber gerade hierin keine Uebereinstimmung zeigten. So fasst der Dresdener Entwurf Art. 487, 489 den Vorbehalt des Wiederkaufes als einen unter einer aufschiebenden Bedingung, dass der Verkäufer den Rückkauf verlangen werde, geschlossenen Rückkauf, das sächsische B. G. B. — §§ 1131 ff. — als ein resolutiv bedingtes Geschäft auf, während nach österreichischem B. G. B. die Verabredung des Wiederkaufs für den Verkäufer die vertragsmässige Einräumung des Rechtes auf Restitution des Kaufgegenstandes gegen Wiedererstattung des Preises enthält. Daher hat man die juristische Konstruktion des Wiederkaufsrechts, wie es vielfach in den Vorarbeiten zum B. G. B. bewusstermassen geschehen ist, der Wissenschaft überlassen wollen. Und so kommt es, dass die schon im gemeinen Recht über die rechtliche Natur des Wiederkaufsrechts aufgestellten Theorien nicht nur geblieben, sondern sogar noch durch einige neue vermehrt worden sind. Um nun selbst ein Urteil über die rechtliche Natur des Wiederkaufsrechts zu gewinnen, wollen wir in folgendem die verschiedenen Theorien erörtern.

Nach Demelius[15]) besteht der Wiederkauf aus:

1. einem Kauf,
2. einem pactum de contrahendo und
3. einem Rückkauf.

Diese Einteilung giebt, wenn sie auch im zweiten Punkt nicht das Richtige trifft, doch treffend die verschiedenen Stadien unseres Instituts wieder. Zwischen dem ursprünglichen Kauf und der Verwirklichung des Wiederkaufs liegt nämlich ein Zustand der Schwebe, der erst durch die Erklärung des Verkäufers, dass er das Wiederkaufsrecht ausübe, beendet wird. Alles das nun, was in diesem Zustand der Schwebe geschieht, wird entweder auf den urprünglichen Kauf oder auf die Verwirklichung des Wiederkaufs sich beziehen. Daher werde ich veranlasst, sämtliche Theorien, sowohl die des gemeinen Rechts als auch des B. G. B., unter folgende zwei Gesichtspunkte zusammenzufassen:

1. diejenigen Theorien, die bei der rechtlichen Beurteilung des Wiederkaufsrechts nur den ursprünglichen Kauf berücksichtigen,
2. diejenigen Theorien, welche in dem Wiederkauf einen neuen Kauf sehen.

Unter Gruppe 1 fallen:

a) die Theorie des resolutiv bedingten Kaufs,
b) die Theorie des Rücktrittsrechts,
c) die Theorie des Einlösungsrechts;

unter Gruppe 2 fallen:

a) die Theorie des Vorvertrags,
b) die Theorie der Rückverkaufsofferte,
c) die Theorie des suspensiv bedingten Kaufes.

[15]) Demelius: Untersuchungen aus dem römischen Civilrechte Bd. I S. 195.

§ 3.

Diejenigen Theorien, welche nur den ursprünglichen Kauf berücksichtigen.

a) Theorie des resolutiv bedingten Kaufs.

Die ältere gemeinrechtliche Doktrin [1]) fasste den Wiederkauf als einen unter seiner Resolutivbedingung abgeschlossenen Kauf auf, bei welchem die Bedingung ausschliesslich in den Willen des Berechtigten gestellt ist. Diese Ansicht findet keinen Stützpunkt in den Quellen und ist allgemein verworfen, weil der Kauf, an den sich die Nebenabrede des Wiederkaufs anschliesst, bestehen bleibt und nicht rückwärts wieder aufgelöst wird.

Kohler [2]) vertritt allerdings noch heute den Standpunkt, dass die betreffenden Quellenstellen einen resolutiv bedingten Kauf enthalten, geht aber von einer anderen Grundauffassung aus, sodass er nicht zu den Anhängern dieser Theorie gezählt werden kann. Während er mit den anderen darin übereinstimmt, dass das pactum de retrovendendo ein Ergebnis der gemeinrechtlichen Lehren ist, leugnet er, dass im Corpus iuris irgendwelche Anklänge zu demselben bestehen. Vielmehr nimmt er in den bestimmten Quellenstellen lediglich ein pactum displicentiae an. Daraus schliesst er, dass ein neuer Vertrag überhaupt nicht stattfindet, sondern folgende Rechtsverhältnisse vorliegen:

1. Mit der Tradition geht das Eigentum auf den Käufer über, er kann die Sache verkaufen und belasten;
2. der Verkäufer kann jedoch jederzeit mit der actio venditi oder praescriptis verbis die Sache vom Käufer herausverlangen. Dies ist jedoch kein Rückkauf, sondern eine Auflösung des alten Kaufvertrages.

Dieser Ansicht Kohler's kann ich mich nicht anschliessen. Denn, wie ich schon oben ausgeführt habe, sehe ich in den

---

[1]) Dabelow: Handbuch des heutigen gem. röm. deutschen Privatrechts Bd. II § 1305.

[2]) Kohler: Die Resolutivbedingung im Archiv für Bürgerl. Recht Bd. XV S. 13-75.

Quellen kein pactum displicentiae, sondern wirkliche Anklänge zu unserem heutigen Wiederkaufsrecht.

b) Theorie des Rücktrittsrechts.

Nach dieser Theorie, die im gemeinen Recht hauptsächlich von Bechmann[3]) vertreten wurde, kann sich der Verkäufer den Rücktritt vom Geschäft unter irgendwelchen Bedingungen, ja sogar nach seiner Willkür, vorbehalten, „Die betreffende Verabredung ist nicht ein Vorvertrag, sondern gewährt dem Verkäufer unmittelbar den Anspruch auf Rückleistung". Die Ausübung des Wiederkaufsrechts wäre demnach der Rücktrittserklärung gleichzustellen, sodass alles jetzt so angesehen wird, als wenn der ursprüngliche Kauf überhaupt nicht abgeschlossen war. Dies ist aber nicht der Fall, wie wir später zeigen werden.

Den gleichen Standpunkt vertritt für das B. G. B. Kuhlenbeck[4]), der allerdings zugiebt, dass eine besondere von den allgemeinen Regeln des Rücktrittsrechts abweichende Normierung vorliegt. Diese Abweichung ist, wie später nachgewiesen wird, jedoch so gross, dass daraus die Unhaltbarkeit der ganzen Theorie zu entnehmen ist,

c) Theorie des Einlösungsrechts.

Während der Rücktritt eine vollständige Wiederaufhebung des Vertrages bewirkt, giebt die vorliegende Theorie dem Verkäufer nur das Recht, den Kaufgegenstand wieder einzulösen. Schon im gemeinen Recht finden wir diese Ansicht vertreten, so ganz besonders bei Hufeland[5]) und Degenkolb[6]). Letzerer weist darauf hin, „dass der Vorbehalt des Wiederkaufs nach römischem Recht in Wahrheit dasselbe begründet, was er nach ausdrücklicher Vorschrift des österreichischen

[3]) Bechmann: System des Kaufs Bd. I § 256.

[4]) Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum B. G. B. Bd. II S. 268-269.

[5]) Hufeland: Bd. I Lehrbuch des Civilrechts § 495: „Der Rückkaufsvertrag (pactum de retrovendendo) bewirkt gewöhnlicherweise eine blosse Wiedereinlösung (resolutio ex nunc), nicht gänzliche Aufhebung des ersten Kaufs (resolutio ex tunc).

[6]) Degenkolb: Begriff des Vorvertrages S. 23.

B. G. B. [7]) gewährt, ein Recht nicht auf Abschluss eines Kaufgeschäfts, sondern auf Einlösung, also auf Rückforderung der Sache gegen Entrichtung einer in bestimmter Weise normierten Einlösungssumme".

Damit ist zugleich die von Schollmeyer[8]), für das B. G. B. aufgestellte Theorie wiedergegeben. Während Schollmeyer die Rücktritts- und Vorvertragstheorie ausdrücklich bekämpft, erkennt er die Richtigkeit der Theorie des suspensiv bedingten Kaufes zum grössten Teil an. Wenn er nun doch dazu gedrängt wird, in dem vertragsmässigen Vorbehalt ein Recht auf Einlösung zu sehen, so liegt es hauptsächlich daran, dass der aus dem vertragsmässigen Vorbehalt des Wiederkaufs abzuleitende Anspruch nach seiner Meinung nicht auf contrahere, sondern auf restituere oder redhibere geht [9]).

Gegenüber der Rücktrittsrechtstheorie hat die vorliegende den Vorzug, dass sie mit den Bestimmungen über den Wiederkaufspreis sich vereinbaren lässt.

Gemäss den allgemeinen Paragraphen über den Rücktritt (B. G. B. §§ 346 ff.) sind die Parteien, falls ein Teil sich den Rücktritt vorbehalten hat, verpflichtet, bei Geltendmachung des Rücktritts einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Wäre also das Wiederkaufsrecht ein Vorbehalt des Rücktritts, so müsste immer bei Ausübung des Rücktritts der ursprüngliche Kaufpreis zurückgezahlt werden. Damit harmoniert jedoch nicht, die Bestimmung des § 501, wonach auch der Schätzungswert, den der gekaufte Gegenstand zur Zeit des Wiederkaufs hat, laut besonderer Vereinbarung erstattet werden kann. Anders aber ist es bei der Theorie des Einlösungsrechts, da hier je nach den Umständen eine verschiedene

---

[7]) Oesterreichisches B. G. B. § 1068: „Das Recht, eine verkaufte Sache wieder einzulösen, heisst das Recht des Wiederkaufs".

[8]) Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 23.

[9]) Ebenso Siebert: Das Wiederkaufsrecht nach dem gem. Recht und dem B. G. B. Inaug. Diss. Leipzig 1902 S. 26: „Bezüglich der Frage nach dem Wesen des Wiederkaufsrechts kommen wir zu dem Ergebnis, dass auch das B. G. B. die juristische Konstruktion desselben als Vorbehalt des Rechts auf Rückgängigmachung eines geschlossenen Kaufs für zulässig erachtet„.

Festsetzung der Einlösungssumme vereinbart werden kann. Und doch wird die Schollmeyer'sche Theorie den gesetzlichen Vorschriften nicht gerecht. Denn aus § 503 ist zu schliessen, dass das Wiederkaufsrecht ein nicht der Verjährung unterliegender Anspruch ist, eine Norm, die mit dem Begriff des Einlösungsrechts nicht in Einklang gebracht werden kann. Ebenso Planck[10]) und Enneccerus-Lehmann[11]). Wennich mich auch der Schollmeyer'schen Theorie, die gleichfalls von Hellmann[12]) vertreten wird, nicht anschliesse, so muss ich dieselbe doch gegen die von Oertmann[13]) und Hahn[14]) erhobenen Angriffe verteidigen. Beide nämlich gehen von dem Gedanken aus, dass diese Theorie deshalb zu verwerfen ist, weil sie lediglich nur eine andere Definition des streitigen Begriffes giebt, ohne uns über sein Wesen aufzuklären. Ich möchte daher betonen, dass das Wesen einer Theorie nicht lediglich darin besteht, einen allgemeinen Begriff des betreffenden Gesetzes ausfindig zu machen, unter den der streitige Gegenstand zu bringen ist, sondern überhaupt einen allgemein anerkannten juristischen Begriff festzulegen, mag er nun von dem betr. Gesetz genannt sein oder nicht. Und zum Beweise dafür, dass das Einlösungsrecht ein allgemein anerkannter juristischer Begriff ist, brauche ich nur an die Retraktsrechte des deutschen Rechts zu erinnern.

Während die vorher aufgezählten Theorien an der Einheitlichkeit des Kaufvertrages festhalten, wenden wir uns jetzt jenen Ansichten zu, die von dem eigentlichen Kauf einen

---

[10]) Planck: B. G. B. Bd. II S. 271 No. 3.

[11]) Enneccerus-Lehmann: Das Bürgerl. Recht Bd. II S. 618 No. 3.

[12]) Hellmann: In der Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 41 S. 227.

[13]) Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse S. 217 No. 2c wirft bezüglich der Schollmeyerschen Theorie die Frage auf: „Worin liegt auch der Rechtsgrund dieses Rechtes?“

[14]) Hahn S. 31 glaubt, dass mit dieser Theorie für die Rechtsauffassung dieses Wiederkaufs nichts gewonnen sei. „Denn der Begriff eines „Einlösungsrechtes“ ist kein dem Gesetzbuche geläufiger, und diese Theorie enthält daher eigentlich nur eine andere Definition des streitigen Begriffes, ohne uns über sein Wesen aufzuklären.“

zweiten, den sogenannten Wiederkauf, abzweigen und auf letzteren das Hauptgewicht legen.

§ 4.

Diejenigen Theorien, welche in dem Wiederkauf einen selbstständigen Kauf sehen.

a) Theorie des Vorvertrags.

Nach der herrschenden Meinung [1]) des gemeinen Rechts ist der Vorbehalt des Wiederkaufs ein einem abgeschlossenen unbedingten Kauf angehängter Nebenvertrag, welcher den ursprünglichen Käufer verpflichtet, die Sache auf Verlangen des Verkäufers an ihn zurückzuverkaufen. M. a. W.: ein Vorvertrag auf Abschluss eines künftigen Vertrages. Das Wesen dieses Nebenvertrages sieht Gruchot[2]) darin, dass die rechtliche Wirksamkeit des ursprünglichen Kaufgeschäftes nicht berührt, sondern nur neben denselben das persönliche Recht des Verkäufers begründet wird, die Sache wieder käuflich an sich zu bringen. Denselben Standpunkt vertritt das Erkenntnis des Ob. Trib. zu Berlin, vom 21. November 1864 [3]). Trotz alledem glaube ich, dass auch für das gemeine Recht diese Theorie nicht richtig ist. Thöl [4]) bezeichnet den Vorvertrag als einen „Vertrag dahin geschlossen, dass ein Vertrag geschlossen werden solle, also als einen gegenwärtigen Vertrag, welcher einen künftigen Vertrag verspricht". Und davon ist, wie Degenkolb [5]) ausführt, bei dem Vorbehalt, des Wiederkaufs nicht die Rede; denn er ist nicht auf ein contrahere, sondern

---

[1]) a, Sintenis: Das praktische gem. Civilrecht S. 641.
b) Koch: Recht der Forderungen § 246.
c) Mühlenbruch: Lehrb. des Pandektenrechts Bd. II § 405 S. 421.
d) Glück: Pandekten Bd. XVI S. 200.
e) Unterholzner: Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen Bd. II S. 224.
f) Demelius: Untersuchungen aus dem röm. Civilrecht Bd. I, S. 194 ff.

[2]) Gruchot: S. 586.

[3]) Striethorst Arch. Bd. 55 S. 294.

[4]) Thöl: Handelsrecht I § 246 No. 4.

[5]) Degenkolb S. 22-23.

auf restituere bezw. redhibere gerichtet. Damit ist zugleich die Ansicht Schütze's[6]) zurückgewiesen, der die Begriffsbestimmung des Vorvertrags aus dem Namen des Geschäftes „pactum de retrovendendo" zu folgern sucht. Aus dem Gerundivum glaubt er nämlich schliessen zu müssen, dass der Käufer später verpflichtet sein soll, die Sache dem eigentlichen Verkäufer zurückzuverkaufen. Hierbei übersieht Schütze vollständig, dass das pactum de retrovendendo kein den Quellen geläufiger Ausdruck ist, etwa wie pactum de contrahendo, sondern lediglich eine neulateinische Bildung zur Veranschaulichung unseres Instituts, über deren Wert man streiten kann. Mit Recht weist Treitschke[7]) den Ausdruck „pactum de retrovendendo" zurück mit der Begründung, dass davon, dass die Sache erst noch verkauft werden soll, nicht die Rede sein kann, indem sie durch die Nebenabrede schon verkauft ist.

Trotzdem hat diese Theorie, da sie gemeinrechtlich die herrschende war, auch das preussische Landrecht wesentlich beeinflusst. Vgl. Bornemann[8]) und Krohn[9]).

Anders aber steht es mit dem B. G. B. Dieses bestimmt nur, dass mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, dass er das Wiederkaufsrecht ausübe, der Wiederkauf zu Stande kommt. Wenn auch, wie oben nachgewiesen, über die juristische Konstruktion des das Wiederkaufsrecht begründenden Vertrages grosser Streit in der Wissenschaft herrscht, so hat gerade diese Bestimmung in dem Punkt Einigkeit geschaffen, dass in dem Vorbehalt kein pactum de retrovendendo zu erblicken ist. Wäre dies nämlich der Fall, so müsste später ein wirklicher Kaufvertrag stattfinden unter Mitwirkung des ersten Käufers und Verkäufers. Thatsächlich genügt die einseitige Erklärung des Wiederkäufers, dass er das Wiederkaufsrecht ausübe. Derselben Ansicht Schollmeyer[10]),

---

[6]) Schütze: S. 9.
[7]) Treitschke § 34.
[8]) Bornemann: Preuss. Civilrecht S. 49 ff.
[9]) Krohn: Der Wiederkauf nach gem. und preuss. Recht S. 33.
[10]) Schollmeyer: S. 22 No. b.

Oertmann[11]), Enneccerus-Lehmann[12]), Matthiass[13]) und Stammler[14]). Ganz unverständlich scheint es infolgedessen, dass Schütze[15]) diese Theorie auch für das B. G. B. anerkennen will mit dem Hinweis auf die Motive Bd. II S. 340, wonach in der Bestimmung des § 497 nur ein Mittel zu sehen ist, dessen sich das positive Recht bedient, um nutzlose Weiterungen abzuschneiden. Ist diese Begründung schon wenig überzeugend, so kann man das Unrichtige seiner Anschauung deutlich aus der weiteren Ausführung ersehen. Die ausschliesslich in den betr. Paragraphen gebrauchten Wendungen „Wiederkauf, Wiederkaufspreis u. dergl." hält er für sinnwidrig oder doch wenigstens ganz zweckloserweise für irreführend, wenn überhaupt kein Kauf abgeschlossen werden soll. Davon, dass überhaupt kein Kauf abgeschlossen werden soll, ist garnicht die Rede. Es handelt sich höchstens darum, ob der Wiederkauf schon abgeschossen ist oder erst in der Zukunft abgeschlossen werden soll. Und dass das letzte nicht richtig ist, dafür spricht eben die Bestimmung des § 497.

Theorie der Rückverkaufsofferte.

Im Gegensatz zu der vorher behandelten Theorie ist diese von Planck für das B. G. B. ganz neu aufgestellte, im gemeinen Recht nicht existierende Theorie mit den gesetzlichen Bestimmungen wohl vereinbar. Planck sieht in dem Vorbehalt einen auf Wiederverkauf gerichteten Vertragsantrag, an den der Käufer für die im § 503 bezeichnete Frist gebunden ist. Damit harmoniert auch der § 497, da in der Erklärung des Wiederkäufers, dass er das Wiederkaufsrecht ausübe, eine Annahme der vom Wiederverkäufer gemachten Offerte zu erblicken ist. Wie Planck aber selbst bemerkt, enthalten auch von diesem Standpunkt aus die gegebenen Vorschriften

[11]) Oertmann: S. 217 No. 2a.
[12]) Enneccerus-Lehmann: S. 618 No. 2.
[13]) Matthiass: S. 521.
[14]) Stammler: S. 13.
[15]) Schütze: S. 93.

Abweichungen von den allgemeinen Grundsätzen. Denn abgesehen davon, dass eine Offerte mit 30jähriger Gebundenheit befremdlich erscheint, spricht geradezu gegen diese Theorie der § 497 Satz 2, wonach die Geschäftsform bei der Wiederkaufserklärung nicht gewahrt zu werden braucht. Ebenso Matthiass [16]), Oertmann [17]) und Enneccerus Lehmann [18]).

Im Anschluss hieran will ich die Ansicht Cosack's [19]) besprechen, der den Wiederkauf ebensowenig wie den Vorkauf für einen eigentlichen Kauf hält. Unter der Begründung, dass kein Vertrag vorliege, also der Wiederkäufer nicht wirklicher Käufer, der Wiederverkäufer nicht wirklicher Verkäufer sei, kommt er zu dem Schluss, dass nur eine einseitige Rechtshandlung des Wiederkäufers vorliege. Hiergegen aber spricht schon die Stellung, die der Wiederkauf in der allgemeinen Anordnung des B. G. B. hat. Denn dadurch, dass es ihn unter die besonderen Arten des Kaufs stellt, geht nach meiner Ansicht deutlich hervor, dass es ihn als „Kauf" aufgefasst wissen will.

c) Theorie des suspensiv bedingten Kaufs.

Nach dieser Theorie ist neben dem eigentlichen Kauf zugleich ein zweiter abgeschlossen, dessen Vollziehung allerdings in das Belieben des Wiederkaufsberechtigten gestellt ist. Schon im gemeinen Recht ist diese Ansicht vereinzelt vertreten. Windscheid [20]), welcher den Wiederverkauf als Kauf mit Vorvertrag ansieht, sagt: „Möglich ist auch, dass die Parteien nicht sowohl einen Vertrag auf Abschluss eines Kaufvertrages gewollt haben, als einen bedingten Kaufvertrag, d. h. es wird jetzt sogleich rückverkauft bezw. rückgekauft unter der Bedingung, dass der Verkäufer bezw. Käufer im ersten Kaufvertrag es wollen sollten. Ein solcher Vertrag ist in seinem

[16]) Matthiass: Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. I S. 521.
[17]) Oertmann: S. 217b.
[18]) Enneccerus-Lehmann: Bd. II S. 618 No. 4.
[19]) Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. I S. 462.
[20]) Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. II § 388 1. Anm. 7.

praktischen Ergebnis von dem Vertrag auf Rückverkauf oder Rückkauf nicht verschieden. Es muss dahingestellt bleiben, ob nicht die l. 12 D. de praescr. verb. 19,5 und l. 2 C. de pact. int. empt. et vend. comp. 4,54 eher in diesem Sinne zu verstehen sind, als in dem Sinne eines pactum de retrovendendo".

Eine ähnliche Ansicht vertritt auch Treitschke[21]). Er weist den Ausdruck „pactum de retrovendendo" deshalb zurück, weil davon, dass die Sache erst noch verkauft werden solle, genau genommen nicht die Rede sein kann, indem sie durch die Nebenabrede bei dem Einkauf eigentlich auf den Fall, dass der damalige Verkäufer sie wiederhaben wolle, schon verkauft ist. Ebenso v. Vangerow[22]) und Degenkolb[23]), auf den ich später bei der Bekämpfung der Vorvertragstheorie zurückkommen werde.

Was das B. G. B. anbetrifft, so hat diese Theorie des suspensiv bedingten Kaufes die meisten Anhänger gefunden. Enneccerus-Lehmann[24]) führt aus: „Der Wiederkaufsvorbehalt ist ein suspensiv bedingter Rückkauf, bedingt nämlich durch die Abgabe der Wiederkaufserklärung von seiten des Verkäufers. Wenn nun Schollmeyer[25]) gegen diese Theorie den § 498 letzten Satz anführt, wonach der Wiederkäufer trotz kasueller Verschlechterung des Kaufgegenstandes keine Preisminderung verlangen kann, so muss man ihm allerdings Recht geben. Denn an sich würde bei einem suspensiv bedingten Vertrage gemäss § 323 Abs. 1 der Wiederverkäufer die Gefahr zu tragen haben. Wie aber Matthiass[26]), der auch einen unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Verkäufer es verlange, geschlossenen Wiederkauf annimmt, treffend bemerkt, liegt hier eine zwar wesentliche, aber innerlich motivierte Abänderung im Punkte der Gefahr vor. Und dies mit Recht, da wir es mit einer auf den Willen des

---

[21]) Treitschke: Der Kaufkontrakt § 54 S. 202.
[22]) v. Vangerow: Pandekten Bd. I § 347 Anm. 3 c.
[23]) Degenkolb: S. 22-23.
[24]) Enneccerus-Lehmann: S. 252 No. 5.
[25]) Schollmeyer: S. 23.
[26]) Matthiass: Bd. I § 110 S. 521.

Berechtigten gestellten Bedingung zu tun haben. Damit ist zugleich die von der allgemeinen Regelung des § 323 Abs. 1 abweichende Bestimmung des § 498 erklärt. Liegt es doch in der Macht des Berechtigten, durch Verzicht auf die Wiederkaufserklärung sich vor allzu grossem Schaden zu schützen. Aehnlich v. Wangenheim [27]).

Scheint also schon durch die Natur der Sache die abweichende Regelung des § 498 Abs. 2 Satz 2 gerechtfertigt, so erhellt dies umsomehr aus den Ausführungen Glück's [28]) über diesen Punkt, wonach auch nach gemeinem Recht die überwiegende Rechtsanschauung die Verweigerung der Preisminderung in gedachtem Falle aus der präsumtiven Absicht bei der Preisvereinbarung ableitete.

Ebenso erklärt Oertmann [29]), ein Anhänger derselben Theorie, dass im § 498 eine positive, überdies durch gute innere Gründe leicht zu rechtfertigende Sonderbestimmung zu erblicken sei.

Auch Stammler [30]) konstruiert die Sachlage dahin, dass der eigentliche Vertrag schon zu Stande gekommen sei und durch eine einseitige Erklärung des Wiederkäufers dahin ausgeführt werde, dass die Verpflichtung des Gegners nunmehr fällig werde. Vgl. ferner Staudinger [31]), Müller und Meickel [32]) und Endemann [33]).

Schliesslich will ich noch Fischer-Henle [34]) anführen, der sich zwar nicht direkt für diese Theorie ausspricht, aber

[27]) v. Wangenheim: Diss. des Wiederkaufsrechts S. 20.

[28]) Glück: Bd. XVI S. 219-220.

[29]) Oertmann: S. 217 No. 4b: „Näher liegt es m. E. schon jetzt einen mit dem Kauf in continenti verbundenen Rückkauf, einen ‚actus contrarius' zu sehen, der aber noch unter der Bedingung ‚si placuerit' steht, dem Kauf auf Probe vergleichbar, nur dass hier nicht der Käufer, sondern der Verkäufer nach seinem Belieben sich entscheiden, sowie von Rückziehung und dinglichem Rückfall des Eigentums nicht wohl die Rede sein kann".

[30]) Stammler: S. 13.

[31]) Staudinger: Bd. II S. 244.

[32]) Müller und Meickel S. 264.

[33]) Endemann S. 456.

[34]) Fischer-Henle § 497 Anm. 3.

doch denselben Standpunkt zu vertreten scheint. Gemäss der Bestimmung des Gesetzes ist der Wiederkauf mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, dass er das Wiederkaufsrecht ausübe, vollendet; infolgedessen bedarf es nach Fischer-Henle nicht erst des Abschlusses eines Kaufgeschäftes, um den Käufer zu den ihm als Wiederverkäufer obliegenden Leistungen zu verpflichten. „Diese Verpflichtungen wurzeln vielmehr in dem ersten Kaufvertrage, sie werden aktuell durch die einseitige Erklärung des Verkäufers".

Nach dieser Aufzählung der einzelnen Theorien über die rechtliche Natur des Wiederkaufsrechts wollen wir im folgenden auf die Bestimmungen des B. G. B. über den Wiederkauf (§§ 497-503) eingehen zwecks Prüfung, ob eine und welche der Theorien Aufnahme gefunden hat.

§ 5.

Die Einräumung des Wiederkaufsrechts.

a) Zeit und Form.

Der Vorbehalt des Wiederkaufsrechts ist nur zulässig im Anschluss an einen selbständigen, unbedingt abgeschlossenen Kauf, und zwar ist es hierbei ganz gleichgültig, ob der Vorbehalt unmittelbar mit dem Kaufvertrag oder erst nachträglich vereinbart wird. Beide Eventualitäten brachte auch der § 476 des Entwurfes[1]) zum Ausdruck: „Ist bei einem Kaufvertrage dem Verkäufer das Recht des Wiederkaufes vorbehalten, so ist als Wiederkaufspreis der Preis, zu welchem verkauft worden ist, als vereinbart anzusehen." Dagegen lassen die Eingangsworte des § 497: „Hat sich der Verkäufer in dem Kaufvertrage das Recht des Wiederkaufes vorbehalten etc." einen solchen Schluss nicht zu. Denn sie deuten nur auf den Fall hin, dass sich der Verkäufer das Wiederkaufsrecht in einem unmittelbar dem Kaufvertrage hinzugefügten Nebenvertrage vorbehalten hat. Der Wortlaut des § 503 „nach der Vereinbarung des Vorbehaltes" lässt jedoch die Möglichkeit offen,

[1]) Motive Bd. II S. 339.

das Wiederkaufsrecht in einem nach Eingehung eines Kaufvertrages selbständig geschlossenen Vertrag zu vereinbaren. Gerade diese Annahme spricht entschieden gegen diejenigen Theorien, welche den Rücktritt oder die Auflösung des ursprünglichen Kaufvertrages betonen. Andererseits ist hiermit ein Beleg dafür gegeben, dass wir es mit einem vollständig neuen Vertrag zu tun haben, der allerdings suspensiv bedingt ist. Ebenso Oertmann[2]).

Mag nun der das Wiederkaufsrecht begründende Vertrag im Kaufvertrag enthalten oder selbständig abgeschlossen sein, sicherlich bedarf es der für den Kaufvertrag geltenden Formvorschriften, wie sich aus dem § 497 ff. ergiebt, die den Wiederkauf durchweg als Kauf bezeichnen. Dazu kommt noch, dass nach § 497 Satz 2 nur die Erklärung des Verkäufers, dass er das Wiederkaufsrecht ausübe, der für den Kaufvertrag bestimmten Form nicht bedarf, woraus sich als argumentum ex contrario folgern lässt, dass bei dem Wiederkaufsvorbehalt die für den Kaufvertrag erforderliche Form zu wahren ist. Vgl. Enneccerus-Lehmann.[3]) Es würde also hinsichtlich des Wiederkaufsvorbehalts bei einem Grundstück der § 313 Anwendung finden, wonach zwar gerichtliche oder notarielle Form vorgeschrieben ist, andrerseits aber ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag seinem ganzen Inhalt nach giltig wird, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen. In gleicher Weise Scherer[4]).

Ist nun dieser Wiederkaufsvorbehalt begründet, so wird er in dem Augenblick seiner Vereinbarung wirksam. Doch wird dies ein sehr seltener Fall sein, da der Käufer als Aequivalent für die ihn sehr beschränkende Nebenabrede des Wiederkaufs die Sache meistens eine bestimmte Zeit behalten will. Es wird also regelmässig eine bestimmte Zeit vereinbart sein, nach deren Ablauf der Verkäufer erst das Wiederkaufsrecht geltend machen kann. Dem steht es natürlich gleich, wenn

[2]) Oertmann S. 520.
[3]) Enneccerus-Lehmann S. 619.
[4]) Scherer: Recht der Schuldverhältnisse S. 602, No. 4.

sich aus den Umständen, insbesondere aus dem Zweck des Vertrages, eine solche Verabredung schliessen lässt. Zu weit aber geht nach meiner Ansicht Hahn[5]), der in derartigen Fällen ganz allgemein den § 242 anwenden will, wonach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte entscheidet. Die von ihm angeführten Beispiele beweisen nicht die Richtigkeit seiner Behauptung, da dieselben eher ein Wiederverkaufsrecht als ein Wiederkaufsrecht darstellen. Das Wiederkaufsrecht ist, wie schon öfter ausgeführt, zu Gunsten des Verkäufers gegeben, indem ihm bei Besserung seiner Vermögensverhältnisse die Möglichkeit offen stehen soll, sein Eigentum jederzeit zurückzuerlangen. Wenn auch zugegeben werden muss, dass bisweilen der § 242 Anwendung finden kann, so würde eine allgemeine Bezugnahme auf § 242 mit dem vom Gesetz beabsichtigten wirtschaftlichen Zweck nicht recht harmonieren.

Weit schwieriger ist die Frage, ob der Verkäufer den Vorbehalt des Wiederkaufsrechts geltend machen kann, bevor überhaupt eine Tradition der Sache erfolgt ist. Schütze[6]) hält dies für unmöglich, da man nicht eine Sache zurückkaufen könne, deren Eigentum man überhaupt noch nicht aufgegeben hat. Ebenso Glück[7]), nach dessen Ansicht die Erfüllung der Wiederkaufsverbindlichkeit garnicht denkbar ist ohne vorhergehenden Vollzug des Hauptkontrakts durch Uebergabe, welcher Auffassung ich mich anschliesse. Wenn Hahn[8])

---

[5]) Hahn S. 46. „Aber auch rein aus den Umständen kann sich eine Befristung ergeben. Der Käufer eines ländlichen Grundstücks wird in den meisten Fällen wenigstens einmal die Ernte desselben ziehen wollen, der Offizier, der für eine Uebung ein Pferd braucht, wird das Wiederkaufsrecht nicht für die Zeitdauer der Uebung haben einräumen wollen; der Theaterdirektor, der ein Theater gekauft hat, wird die Nichtausübung des Wiederkaufsrechts während der Saison auch ohne ausdrückliche Festsetzung für selbstverständlich erachten. Mit Recht. Der Wiederkäufer kann sich in derartigen Fällen nicht auf seine entgegengesetzte Meinung berufen. Es entscheidet Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte in Gemässheit des § 242 B. G. B.

[6]) Schütze S. 56.

[7]) Glück: S. 213.

[8]) Hahn: S. 47.

hiergegen den Fall anführt „wo die Eigentumsübertragung nicht durch Uebergabe, sondern durch das dem constitutum possessorium des gemeinen Rechts entsprechende Rechtsgeschäft des B. G. B. erfolgt“ [9]), so übersieht er dabei, dass nach dem B. G. B. das constitutum possessorium eine der traditio gleichgestellte Erwerbsart des Eigentums ist. Ist aber überhaupt keine Eigentumsübertragung erfolgt, so kann auch von der Ausübung eines Wiederkaufsrechts nicht die Rede sein. Denn, wie schon wiederholt bemerkt, soll durch den Wiederkauf dem Verkäufer ein Mittel geschaffen sein, die Sache zurückzuerlangen. Mithin sind nach Krohn [10]) auf seiten des Käufers Gutmütigkeit und Gefälligkeit die Triebfedern des Eingehens auf die für ihn lästige Verpflichtung. Wenn man dies beachtet, wird man einsehen, dass in den gewöhnlichen, vom Gesetz gewollten Fällen des Wiederkaufs nicht der Verkäufer ein Wiederkaufsrecht ausübt, sondern von dem Käufer erlangt, dass dieser von dem ihm zustehenden Recht auf Uebergabe der Sache absieht, wenn der Verkäufer noch vor der Uebergabe die Mittel hat, das Wiederkaufsrecht auszuüben. Das Beharren des Käufers beim Wiederkaufe und die damit notwendig werdende vorherige Tradition möchte ich für unzulässig erklären, da sie lediglich den Zweck hat, dem Verkäufer Schaden zuzufügen, wie das von Hahn angeführte Beispiel [11]) zeigt. Der Behauptung Hahns, dass er ausserordentlich unpraktisch und dem Parteiwillen zuwider wäre, wenn man verlangen wollte, dass erst die Auflassung vorgenommen werde, blos um gleich darauf die Rückauflassung zu bewirken, stimmen wir allerdings bei, können aber darin keinen Grund zu der

[9]) B. G. B. § 930: „Ist der Eigentümer im Besitze der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, dass zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt“.

[10]) Krohn Diss. Der Wiederkauf nach gem. und preuss. Recht S. 35.

[11]) Hahn S. 47: „A. verkauft aus Not sein Grundstück und behält sich das Wiederkaufsrecht vor. Ehe die Auflassung erfolgt ist, wird er durch glückliche Verhältnisse in die Lage versetzt, das Grundstück wieder kaufen zu können“.

Annahme erblicken, dass die Ausübung des Wiederkaufsrechts bereits vor der Tradition der Kaufsache möglich ist.

Damit ist auch die Theorie vom suspensiv bedingten Rückkaufe zu vereinen, was von Hahn geleugnet wird. Freilich ist in den Fällen, wo der Wiederkaufsvorbehalt gleich im Anschluss an den ursprünglichen Kaufvertrag geschlossen wird, der Verkäufer noch Eigentümer, aber er ist obligatorisch gebunden, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen. Und erst, wenn er dies getan hat, ist er berechtigt, den Wiederkaufsvorbehalt auszuüben. Der Wiederkauf ist also in doppelter Weise bedingt, einmal dadurch, dass der Käufer das Eigentum erhält, und dann, dass der Verkäufer das Wiederkaufsrecht ausüben will. Diese doppelte Bedingung ändert nichts daran, dass ein Abschluss des Wiederkaufs in der Weise jedenfalls möglich ist.

b) Objekte und Subjekte.

Ebenso wie jeder gewöhnliche Kauf, bezweckt auch der Wiederkauf Umsatz von Ware gegen Geld. Mithin können nach B. G. B. sowohl Sachen als auch Rechte Gegenstand des Wiederkaufs sein. Was nun den Preis anbetrifft, so ist derselbe entweder von vornherein festgesetzt oder wird nachträglich nach dem Schätzungswert der verkauften Sache zur Zeit der Ausübung des Wiederkaufsrechts bestimmt (§ 501). Im ersten Fall kann es wieder derjenige Preis sein, zu welchem verkauft worden ist, oder ein anderer fest abgemachter Preis.

Gerade die Bestimmung des § 501 zeigt, dass diejenige Theorie, welche in dem Wiederkaufsrecht einen Rücktritt sieht, unhaltbar ist. Gemäss den allgemeinen Bestimmungen über den Rücktritt bei Verträgen (§§ 346 ff.) sind die Parteien, wenn der seitens des einen Teils vorbehaltene Rücktritt erfolgt, verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Demnach müsste der Wiederkäufer, falls das Wiederkaufsrecht wirklich einen Rücktritt darstellte, stets den empfangenen Preis zurückzahlen. Dies braucht aber durchaus nicht der Fall zu sein, da nach § 501 als Wiederkaufspreis auch der Schätzungswert vereinbart sein kann, den der

gekaufte Gegenstand zur Zeit des Wiederkaufs hat. Dagegen ist diese Bestimmung wohl mit der Theorie des suspensiv bedingten Kaufs vereinbar. Da nämlich unter dieser Annahme ein reiner, wenn auch suspensiv bedingter Kauf vorliegt, so muss der Preis entweder bestimmt oder wenigstens bestimmbar sein. Letzteres liegt vor, wenn als Wiederkaufspreis der Schätzungswert vereinbart ist.

Wie aber, wenn über den Preis überhaupt nicht gesprochen ist? Der im gemeinen Recht hierüber bestehende Streit ist für das B. G. B. gegenstandslos geworden, da nach § 497 Abs. 2 der Preis, zu welchem verkauft worden ist, im Zweifel auch für den Wiederkauf gilt.

Gegen die Zweckmässigkeit dieser Bestimmung wendet sich namentlich Hahn[12]), indem er sagt, dass es der Theorie des suspensiv bedingten Vertrages mehr entsprechen würde, den allgemeinen Regeln über den Preis beim Kauf ihren Lauf zu lassen und im Zweifelsfalle den Schätzungswert gemäss §§ 316, 315 zu bestimmen: Hahn mag vielleicht von seinem Standpunkt aus nicht ganz unrecht haben, indem er die Interessen beider Teile berücksichtigt. Wir stehen aber auf dem Standpunkt, dass es für die gesetzliche Regelung allein auf das Interesse des Wiederkäufers ankommt, was sich aus dem wirtschaftlichen Zweck des Instituts ergiebt. Daher muss man sagen, dass die gesetzliche Regelung gerade das Richtige trifft. Steigt nämlich der Wert der Kaufsache, so braucht der Wiederkäufer nur den empfangenen Preis zurückzuzahlen; denn es würde seinem Interesse widersprechen, wenn er jetzt einen höheren Betrag aufbringen müsste. Fällt dagegen der Wert, so ist er immer noch dagegen geschützt, dass er das Wiederkaufsrecht nicht ausübt. Hahn behauptet nun, dass diese Bestimmung der Theorie des suspensiv bedingten Kaufs weniger entspricht, als es die Annahme des Schätzungswertes tun würde. Hierbei übersieht er, dass das Gesetz die juristische Konstruktion der Wissenschaft überlassen will, und macht den Fehler, dass er die Theorie des suspensiv bedingten Kaufs

[12]) Hahn: S. 56-62.

dem Gesetz zu Grunde legt und daraufhin die Paragraphen prüft, während er gerade an der Hand der Paragraphen die Theorie entwickeln soll. Tut man dies, so kann man nur das eine sagen, dass der § 497 Abs. 2 sich mit der Theorie des suspensiv bedingten Kaufs voll und ganz vereinigen lässt.

Die Einräumung des Wiederkaufsrechts schafft ein gewisses Verhältnis zwischen dem ursprünglichen Käufer und Verkäufer, kraft dessen der Käufer verpflichtet ist, dem Verkäufer auf dessen Verlangen die Sache zurückzuverschaffen. Selbstverständlich können an die Stelle dieser Personen infolge Erbgangs oder Uebertragung andere treten. Vgl. Motive [13]) und Entsch. des R. G. [14]).

Dieses zwischen dem Käufer und Verkäufer bestehende Verhältnis ist rein obligatorischer Natur sowohl bei Mobilien als auch bei Immobilien [15]). Bei letzteren kann jedoch das Wiederkaufsrecht einem dinglichen Rechte dadurch gleichgestellt werden, dass eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen wird gemäss § 883.

Sind schon die Bestimmungen über die Einräumung des Wiederkaufsrechts für die Bekämpfung oder Verteidigung der einzelnen Theorien zu verwenden, so bieten die Normen, die von der Ausübung des Wiederkaufsrechts handeln, eine umso grössere Handhabe für die Beurteilung der rechtlichen Natur des Wiederkaufrechts.

§ 6.

Die Ausübung des Wiederkaufsrechts.

a) Zeit und Form.

Das Wiederkaufsrecht ist das dem Verkäufer zustehende Recht, durch Erklärung gegenüber dem Käufer, den Wiederkauf zustande zu bringen. Es liegt also eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung vor, die nicht der für den Kauf-

---

[13]) Motive Bd. II S. 341.

[14]) R. G. Bd. X S. 221: „Als persönliches, lediglich auf Konvention beruhendes und durch besondere individuelle Verhältnisse der Eigenschaften des Berechtigten in keiner Weise bedingtes Vermögensrecht unterliegt es den allgemeinen Regeln und ist vererblich und cessibel".

[15]) Motive Bd. II S. 339-340.

vertrag bestimmten Form bedarf (§ 497). Hieraus folgt einerseits, dass auf dieselbe die §§ 130 ff. Anwendung finden, während andererseits die in den §§ 311, 313 für den Verkauf gewisser Sachen bestimmte Formvorschrift der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung sich auf die Ausübung des Wiederkaufsrechts nicht erstreckt. Gerade der § 497 lässt bestimmte Schlüsse hinsichtlich der Theorienfrage zu. Schon die Ausdrucksweise, dass ein Wiederkauf zustande kommt, spricht gegen die Rücktrittstheorie [1]) und die des Einlösungsrechts, während sie ebenso gut für die Richtigkeit des suspensiv bedingten Kaufs wie der Verkaufsofferte angeführt werden kann. Ganz deutlich aber lässt sie erkennen, dass die Theorie des Vorvertrags für das B. G. B. nicht aufrecht erhalten werden kann. Nach dieser würde nämlich der dem ursprünglichen Kauf sich anschliessende Wiederkauf nur ein Vorvertrag sein, der darauf gerichtet ist, später einen wirklichen Rückkauf vornehmen zu wollen, wozu eine Beteiligung sowohl des Käufers als auch des Verkäufers nötig wäre. Dies ist aber nicht der Fall; vielmehr kommt der Wiederkauf mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, dass er das Wiederkaufsrecht ausübe, zustande.

Aber auch die von Planck aufgestellte Theorie der Wiederverkaufsofferte erfährt, wie er selbst zugiebt, durch § 497 Abs. 1 Satz 2, wonach die Erklärung formfrei ist, eine von den allgemeinen Bestimmungen abweichende Regel. Nach Plancks Ansicht ist der Vorbehalt des Wiederkaufs so zu erklären, dass im Anschluss an den ursprünglichen Kauf der Käufer dem Verkäufer den Antrag macht, ihm die Sache zurückverkaufen zu wollen. Der Antrag ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, auf welche sich alle von solchen Willenserklärungen geltenden Bestimmungen, auch die Formvorschriften der §§ 125 ff., beziehen. Würde es sich also um den Wiederkauf eines Grundstücks handeln, so müsste, da das Gesetz gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorschreibt, gemäss der Planck'schen Theorie die Erklärung des Ver-

[1]) Planck: S. 271 No. 3.

käufers gegenüber dem Käufer, das er das Wiederkaufsrecht ausübe, ebenfalls gerichtlich oder notariell beurkundet sein. Denn um die Planckschе Theorie durchzuführen, ist es nötig, in der Erklärung des Verkäufers eine Annahme der vom Käufer gemachten Offerte zu sehen, und dann greift die Bestimmung des § 128 Platz, wonach, falls durch Gesetz gerichtliche oder notarielle Beurkundung eines Vertrags vorgeschrieben ist, es genügt, wenn zunächst der Antrag und dann die Annahme von einem Gericht oder Notar beurkundet wird. Dem widerspricht aber der § 497 Abs. 1 Satz 2. Bei dieser Gelegenheit will ich darauf hinweisen, dass die von Planck aufgestellte Theorie ungefähr dasselbe besagt wie die Theorie des suspensiv bedingten Kaufs. Beide Auffassungen legen nämlich das Hauptgewicht in die Erklärung des Verkäufers. Wenn sie sich auch darin unterscheiden, dass nach der einen Konstruktion der Abschluss des Wiederkaufs erst in der Erklärung liegt, während nach der anderen der Wiederkauf schon vorher abgeschlossen ist, aber unter der suspensiven Bedingung der Erklärung, so stimmen sie doch darin wieder überein, dass erst mit der Erklärung die Wirkungen des Wiederkaufs eintreten. Aber die Theorie, die den Vorbehalt des Wiederkaufs als ein suspensiv bedingten Kauf bezeichnet, giebt die Konstruktion unseres Instituts besser wieder, zumal sie sich vollständig dem § 497 Abs. 1 anpasst. Die einseitige Erklärung ist eben der Eintritt der Suspensivbedingung, unter welcher der Wiederkauf bereits stattgefunden hat.

Hinsichtlich der Zeit der Ausübung des Wiederkaufsrechts ist auf das bereits früher Ausgeführte zu verweisen, da bei der Einräumung des Wiederkaufsvorbehalts eine diesbezügliche Vereinbarung getroffen sein wird. Ist dies nicht der Fall und lassen auch die besonderen Umstände keinen bestimmten Schluss zu, so kann gemäss § 503 das Wiederkaufsrecht bei Grundstücken nur bis zum Ablauf von 30 Jahren, bei anderen Gegenständen von 3 Jahren nach der Vereinbarung des Vorbehalts ausgeübt werden.

Der Wortlaut dieses Paragraphen zeigt deutlich, dass in demselben keine Verjährungsfrist, sondern eine gesetzliche

Ausschlussfrist enthalten ist, welche vertragsmässig verkürzt oder verlängert werden kann. Vgl. Protokolle[2]). Denselben Standpunkt vertritt Kuhlenbeck[3]), der eine einfache Beseitigung der gesetzlichen Frist ohne Ersatz einer bestimmten vertragsmässigen für unzulässig erklärt.

Diese Bestimmung erscheint gegenüber der Theorie der Rückverkaufsofferte sehr wunderbar, da man sich eine 30 jährige Gebundenheit an eine Offerte schwer vorstellen kann.

Aber auch die von Schollmeyer unterstützte Konstruktion des Einlösungsrechts scheitert an der Regelung des Gesetzes, da das Wiederkaufsrecht nicht ein der Verjährung unterliegender Anspruch ist. Ebenso Planck[4]). Wenn man überhaupt das Wiederkaufsrecht mit einem Anspruch indentifizieren will, so muss man berücksichtigen, dass dieser Anspruch erst mit der Wiederkaufserklärung entsteht, mithin keine Verjährung möglich ist[5]).

b) Subjekte.

Bei der Ausübung des Wiederkaufsrechts handelt es sich regelmässig um dieselben Personen, die schon bei Abschluss des ursprünglichen Kaufs mitgewirkt haben. Da aber, wie oben erörtert, das Wiederkaufsrecht vererblich und übertragbar ist, so kann sehr leicht ein Wechsel in den Personen erfolgen, ja es können an die Stelle der ursprünglichen Einzelkontrahenten eine Mehrheit von Personen treten. Für diesen Fall greift der § 502 Platz: „Steht das Wiederkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im ganzen ausgeübt werden. Ist es für einen der Berechtigten erloschen, oder übt einer von ihnen sein Recht nicht aus, so sind die übrigen berechtigt, das Wiederkaufsrecht im ganzen auszuüben.“ Der letzte Satz steht im vollen Widerspruch zu dem für den Rücktritt geltenden § 356, wonach falls das Rücktrittsrecht für einen der Berechtigten erlischt, es auch für die übrigen erlischt. Es ist also noch ein Beweis mehr dafür, dass die von

---

[2]) Protokolle Bd. II S. 89.
[3]) Kuhlenbeck: Das Bürgerl. Gesetzbuch Bd. I § 503 Anm. 1, 2.
[4]) Planck: S. 271 No. 3.
[5]) Enneccerus-Lehmann: S. 618 No. 3.

Kuhlenbeck aufgestellte Theorie nicht zutrifft. Dagegen lässt sich die gesetzliche Normierung mit der Theorie des suspensiv bedingten Kaufs wenigstens insofern vereinigen, als sie nicht gegen dieselbe spricht. Aber gerade darin, dass das Wiederkaufsrecht unteilbar ist, einen besonderen Beweis für die Theorie des suspensiv bedingten Kaufs zu sehen, wie es Hahn[6]), der sich der Meinung von Enneccerus-Lehmann[7]) anschliesst, tut, geht nach meiner Ansicht zu weit. Beide legen das Hauptgewicht darauf, dass eine Bedingung nur dann als eingetreten gilt, wenn sie „ganz" erfüllt ist. Und dies ist beim Wiederkauf, so muss man weiter schliessen, nur dann geschehen, wenn es alle Berechtigten zusammen ausüben. Wäre ein solcher Schluss richtig, so müsste, falls das Gesetz die entgegengesetzte Regelung getroffen hätte, — z. B. dass die Erklärung eines der Berechtigten genüge — die Theorie des suspensiv bedingten Kaufs falsch sein. Doch selbst dann ist diese Theorie zu verteidigen. Denn es lässt sich sehr gut denken, dass die Parteien nach ihrer Vereinbarung schon darin eine vollständige Ausübung des Wiederkaufsrechts sehen, dass auch nur einer der Berechtigten von dem ihm zustehenden Wiederkaufsrecht Gebrauch macht. Ausserdem weise ich darauf hin, dass mit der Anschauung von Hahn und Enneccerus-Lehmann der Satz 2 des § 503 nicht übereinstimmt. Sollte die Bedingung nur dann „ganz" erfüllt sein, wenn das Wiederkaufsrecht im ganzen, d. h. von allen zusammen, ausgeübt wird, so müsste, falls es für einen der Berechtigten erlischt, auch die Ausübung desselben seitens der übrigen ausgeschlossen sein. Hier giebt also das Gesetz selbst einen Fall, in welchem trotz Berechtigung mehrerer Personen das Recht schon dann als „im ganzen" ausgeübt gilt, wenn es nach Wegfall eines von den übrigen geltend gemacht wird.

[6]) Hahn: S. 69.
[7]) Enneccerus-Lehmann: S. 619 No. 3.

§ 7.

Wirkungen des ausgeübten Wiederkaufsrechts.

„Die einseitig wirksame Erklärung schafft, indem sie ihre Kraft dem vereinbarten Vorbehalt entnimmt, ein Verpflichtungsverhältnis der Parteien, welches nach Analogie des Kaufverhältnisses zu beurteilen ist, soweit nicht besondere Sätze des Wiederkaufs bestehen oder Erwägungen der eigentümlichen Natur des Verhältnisses andere Folgerungen begründen“ [1]) Es entstehen also sowohl auf seiten des Wiederkäufers als auch des Wiederverkäufers die verschiedenartigsten Verpflichtungen.

a) Verpflichtungen des Wiederkäufers.

Was zunächst die §§ 500, 501 [2]) anbetrifft, die von den Verpflichtungen des Wiederkäufers handeln, so bieten dieselben für die Beurteilung der rechtlichen Natur des Wiederkaufsrechts wenig Interesse, da sie weder zur Verteidigung einer Theorie noch zur Bekämpfung der anderen angeführt werden können.

b) Verpflichtungen des Wiederverkäufers.

Die Hauptverpflichtung des Wiederverkäufers besteht darin, dem Wiederkäufer den gekauften Gegenstand nebst Zubehör herauszugeben. (§ 498 Abs. 1). Wie die Protokolle [3]) ausführen, wurde ganz besonders erwogen, dass der Kaufgegenstand nicht in einem anderen Zustand herausgegeben werden könne als demjenigen, in welchem er sich zur Zeit der Ausübung des Wiederkaufsrechts befinde. Hierbei ist es natürlich ganz gleichgültig, ob der Zustand besser oder schlechter geworden ist; dies spielt höchstens eine Rolle bei der Ersatzpflicht des Wiederverkäufers bezw. Wiederkäufers. Im allgemeinen unterliegt der Wiederkauf den Vorschriften über den

[1]) Windscheid-Kipp, § 388. S. 600, No. 2.

[2]) Gegen die Zweckmässigkeit dieses Paragraphen wendet sich namentlich von Petrazycki: Lehre vom Einkommen, Bd. 1, S. 318.

[3]) Protokolle Bd. II, S. 83.

Kauf bezw. die gegenseitigen Verträge. Infolgedessen erscheint es im Hinblick auf § 314, wonach, falls sich jemand zur Veräusserung oder Belastung einer Sache verpflichtet, die Verpflichtung im Zweifel sich auch auf das Zubehör der Sache erstreckt, besonders beachtenswert, dass der § 498 diese Verpflichtung des Wiederverkäufers ausdrücklich erwähnt. Es sollen aber hiermit nach Planck[4]) namentlich bezüglich der Verpflichtung des Wiederverkäufers zur Herausgabe des Zubehörs alle Zweifel abgeschnitten, die bei dem Mangel einer bestimmten gesetzlichen Grundauffassung von dem Vorbehalt des Wiederkaufsrechts entstehen könnten. Ebenso die Protokolle[5]). Anders aber steht es mit den in der Zwischenzeit vom Wiederverkäufer bezogenen Nutzungen. Diese verbleiben selbstverständlich dem Wiederverkäufer als dem ursprünglichen Käufer, da die Ausübung des Wiederkaufsrechts den ursprünglichen Kauf nicht aufhebt. Vgl. Motive[6]).

Wollte man sich der Rücktrittstheorie anschliessen, so wäre diese Auslegung des Gesetzes unmöglich. Denn durch die Rücktrittserklärung zerfällt das durch den Vertrag begründete Schuldverhältnis, und es wird unter den Parteien ein Schuldverhältnis auf Wiederherstellung des Zustands begründet, wie er vor Abschluss des Vertrages gewesen ist. Demnach müsste also der Wiederverkäufer analog den allgemeinen für den Rücktritt geltenden Regeln die Nutzungen herausgeben, was aber tatsächlich nicht der Fall ist. Ebenso Crome[7]).

Wie aber, wenn vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts eine Verschlechterung, der Untergang oder eine aus einem anderen Grunde eingetretene Unmöglichkeit der Herausgabe

---

[4]) Planck: S. 272 § 498 Anm. 1.

[5]) Protokolle Bd. II S. 84: „Wenn auch in den Vorschriften über das Rücktrittsrecht, den Kauf und den Vorkauf das Zubehör nicht besonders erwähnt sei, so empfehle sich doch, beim Wiederkaufe die Erwähnung um deswillen, weil der Entwurf die Frage der Konstruktion offen gelassen habe und die Auslegung möglicherweise, je nach der Konstruktion, die sie zu Grunde lege, zu abweichenden Ergebnissen gelangen könne".

[6]) Motive Bd. II S. 343.

[7]) Crome: System des Bürgerl. Rechts Bd. II S. 491, Anm. 29.

des gekauften Gegenstandes erfolgt? Hierbei müssen wir unterscheiden, ob den Wiederverkäufer ein Verschulden trifft oder nicht. Liegt auf seiten des Wiederverkäufers ein Verschulden vor, so ist es klar, dass derselbe für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich ist. Diese Bestimmung entspricht vollständig der Theorie des suspensiv bedingten Kaufs, wie der für die aufschiebende Bedingung gegebene § 160 Abs. 1 zeigt: „Wer unter einer aufschiebenden Bedingung berechtigt ist, kann im Falle des Eintritts der Bedingung Schadenersatz von dem anderen Teile verlangen, wenn dieser während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängende Recht durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt." Derselben Ansicht Oertmann[8]). Allerdings ist bezüglich der Veränderung ausdrücklich erwähnt, dass dieselbe wesentlich sein muss, wenn eine Haftung des Wiederverkäufers eintreten soll.

Anders aber verhält es sich, wenn ein Verschulden auf Seiten des Wiederverkäufers nicht vorliegt.

Ist der Gegenstand durch Zufall untergegangen, so finden die allgemeinen Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung bei gegenseitigen Verträgen Anwendung (§§ 275, 323).

Ist der Gegenstand ohne Verschulden des Wiederverkäufers verschlechtert, welchem Fall eine unwesentliche Veränderung gleichgestellt wird, so braucht der Wiederverkäufer nicht dafür einzustehen, sondern mit der Herausgabe der Sache selbst in diesem Zustande hat er seine Verbindlichkeit erfüllt. Trotzdem muss der Wiederkäufer den vollen Kaufpreis bezahlen, wie es ausdrücklich § 498 Abs. 2 Satz 2 betont: „Ist der Gegenstand ohne Verschulden des Wiederverkäufers verschlechtert, oder ist er nur unwesentlich verändert, so kann der Wiederkäufer Minderung des Kaufpreises nicht erlangen."

Diese Bestimmung ist die einzige, die von der gesetzlichen Regelung des suspensiv bedingten Kaufs abweicht. Denn beim bedingten Kauf steht eine Verschlechterung einer

[8]) Oertmann: S. 218 Anm. 1c zu § 298.

teilweisen Unmöglichkeit gleich, was eine Minderung der Gegenleistung, d. h. des Preises, nach sich zieht (§ 323 Abs. 1 Satz 2). Es fragt sich nun, ob trotz dieser abweichenden Normierung die Theorie des suspensiv bedingten Kaufs aufrechterhalten werden kann oder nicht. Selbst die Anhänger der Theorie geben zu, dass der § 498 Abs. 2 Satz 2 mit der von ihnen aufgestellten Ansicht nicht harmoniert, halten aber diese Abänderung im Punkte der Gefahr für innerlich motiviert. Vgl. Matthiass[9]) und Oertmann[10]). Mit Recht. Die Bedingung tritt ein mit der Erklärung des Wiederkäufers, dass er das Wiederkaufsrecht ausübe; wir können also, wie sonst bei Bedingungen, von einem ungewissen Ereignis nicht reden. Da nämlich das Wirksamwerden des Wiederkaufs lediglich von dem Willen des Wiederkäufers abhängt, so musste das Gesetz berücksichtigen, dass die allzu grosse Begünstigung des Wiederkäufers dem Wiederverkäufer nicht zum Schaden gereiche. Daher erklärt sich die von den allgemeinen Regeln über die Gefahr abweichende Bestimmung des § 498 Abs. 2 Satz 2, die sich auch mit dem eigentlich beabsichtigten Zweck des Wiederkaufs sehr wohl vereinigen lässt. Denn der Wiederkäufer braucht ja das Wiederkaufsrecht nicht auszuüben, falls eine erhebliche Einwirkung auf den Gegenstand stattgefunden hat.

Nun kann es aber vorkommen, dass der Wiederkauf dadurch vereitelt wird, dass der Wiederverkäufer vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts über den Gegenstand verfügt hat. Hierzu ist er allerdings berechtigt, da er durch den eigentlichen Kauf Eigentümer der Sache geworden ist. Dem steht aber seine durch die Begründung des Wiederkaufs übernommene Verpflichtung entgegen, dem eigentlichen Verkäufer auf dessen Verlangen die Sache zurückzugeben. Daher bestimmt der § 499, dass der Wiederverkäufer, der vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts über den gekauften Gegenstand verfügt, verpflichtet ist, die dadurch begründeten Rechte Dritter zu beseitigen, und setzt einer solchen Verfügung des Wiederverkäufers diejenige gleich, welche im Wege der Zwangs-

[9]) Matthiass: S 521.
[10]) Oertmann: S. 217 No. 2c.

vollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt. Vergleicht man hiermit den für die Bedingung geltenden § 161 Abs. 1, so ist wohl der Schluss berechtigt, dass der Gesetzgeber, wenn er auch eine bestimmte Konstruktion unseres Instituts nicht geben wollte, doch vermutlich die Theorie des suspensiv bedingten Kaufs im Auge hatte. Eine Citierung des § 161 Abs. 1 möge dies bekräftigen:

> „Hat jemand unter einer aufschiebenden Bedingung über einen Gegenstand verfügt, so ist jede weitere Verfügung, die er während der Schwebezeit über den Gegenstand trifft, im Fall des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängende Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde. Einer solchen Verfügung steht eine Verfügung gleich, die während der Schwebezeit im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt."

§ 8.

Stellungnahme der Arbeit zu der rechtlichen Natur des Wiederkaufsrechts.

Auf Grund dieser Ausführungen komme ich zu dem Schluss, dass unter dem Wiederkaufsrecht ein suspensiv bedingter Kauf zu verstehen ist. Dies begründe ich damit, dass, die das Wiederkaufsrecht behandelnden §§ 497– 503 mit einer einzigen Ausnahme mit den allgemeinen für die Bedingung geltenden Regeln harmonieren, bisweilen sogar vollständig im Wortlaut übereinstimmen. Was nun die Ausnahme des § 498 Abs. 2 Satz 2 anbetrifft, so ist darin, um mit Oertmann zu reden, eine positive, überdies durch gute, innere Gründe leicht zu rechtfertigende Sonderbestimmung zu erblicken. Jedenfalls aber liegt bei der Theorie des suspensiv bedingten Kaufs nur eine einzige zwar wesentliche, aber innerlich motivierte Ausnahme vor, während bei den übrigen Konstruktionen (Theorie des Rücktrittsrechts, Einlösungsrechts, Rückverkaufsofferte) sich mehrere Widersprüche in der Regelung des B. G. B. feststellen lassen, die bisweilen so erheblich sind, dass dadurch die Unhaltbarkeit der betreffenden Theorien nachgewiesen werden kann.

Litteraturverzeichnis.

August Bechmann: System des Kaufs nach gem. Recht. 1884.

Bernhöft: Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurfe eines B. G. B. für das deutsche Reich. 1889.

Bornemann: Preussisches Civilrecht. 1843.

Burrdorff: Ist die rechtliche Natur des obligatorischen Vorkaufsrechts und Wiederkaufsrechts im B. G. B. geändert gegenüber dem gemeinen Rechte? Inaug. Diss. Erlangen 1902.

Code civil Français.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I 1900.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. II 1902.

Dabelow: Handbuch des heutigen gem. röm. deutschen Privatrechts Bd. II 1803.

Degenkolb: Der Begriff des Vorvertrags 1871.

Demelius: Untersuchungen aus dem röm. Civilrecht Bd. I 1856.

Dernburg: Pandekten Bd. II 1900.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I 1899.

Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht Bd. I 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Entscheidungen des vormaligen preussischen Obertribunals, herausgegeben von Rehbein.

Faber: De erroribus pragmaticorum interpretum juris. 1605.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch 1900.

Förster: Theorie und Praxis des heutigen gem. preuss. Privatrechts Bd. II 1873.

Georges: Lateinisch-deutsches Handwörterbuch 1879-82.

Glück: Pandekten Bd. XVI. 1814.

Göppert: Zur Lehre von den pacta de contrahendo. Kritische Vierteljahrsschrift Bd. XIV.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des preuss. Rechts durch Theorie und Praxis. 1866.

Hahn: Der Wiederkauf. Eine civilistische Studie. 1902.

Hellmann: Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 41.

Holtzendorf: Rechtslexikon. Bd. III, Teil 2 1881.

Holzschuher: Theorie und Kasuistik. Bd. III 1858.

Hufeland: Lehrbuch des Civilrechts Bd. I 1803.

Koch: Das Recht der Forderungen nach gem. und preuss. Rechte Bd. III 1843.

Kohler: Die Resolutivbedingung im Archiv für bürg. Recht. Bd. 15.

Krüger und Mommsen: Corpus iuris civilis. Digesten 1882. Codex 1880

Kuhlenbeck: Das bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I. 1903.

Derselbe: Von den Pandekten zum B. G. B. Bd. II. 1899.

Derselbe: Die Rechtssprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Civilrechts. Jur. Wochenschrift. 30. Jahrg. 1901.

Krohn: Der Wiederkauf nach gem. und preussischem Rechte. Inaug. Diss. Greifswald 1899.

Leske: Vergleichende Darstellung des B. G. B. und des preussischen A. L. R. 1899.

Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I 1900.

Meister: Von dem auf Wiederkauf geschlossenen Verkauf. XXV. Bemerkung im Bd. I seiner praktischen Bemerkungen aus dem Kriminal- und Civilrechte. 1791.

Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Recht. 1888.

Mühlenbruch: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II 1844.

Müller und Meickel: Bürgerliches Recht. Bd. I 1899.

Oertmann: Kommentar zum B. G. B. Recht der Schuldverhältnisse 1899.

v. Petrazycki: Die Lehre vom Einkommen. Bd. I 1893.

Planck: B. G. B. Bd. II 1900.

Platner: Der Wiederkauf, eine deutsch-rechtsgeschichtliche Abhandlung in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. IV 1864.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Pütter: Auserlesene Rechtsfälle Bd. I Teil 3 1785.

Scherer: Recht der Schuldverhältnisse. 1898.

Schilling und Sintenis: Corpus iuris civilis ins Deutsche übersetzt.

Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse 1897.

Schütze: Ueber die Bedeutung, Wirksamkeit und das gegenseitige Verhältnis des pactum de retrovendendo, des pactum de retroemendo und des pactum displicentiae beim Kauf. Inaug. Diss. Rostock 1899.

Seuffert: Archiv für die Entscheidungen des obersten Gerichts in den deutschen Staaten Bd. XIII.

Siebert, Paul: Das Wiederkaufsrecht nach dem gemeinen Recht und dem B. G. B. Diss. 1902.
Sintenis: Praktisches gem. Civilrecht Bd. II 1847.
Stammler: Recht der Schuldverhältnisse 1897.
Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche Bd. II 1901.
Striethorst: Archiv Bd. 55.
Thöl: Handelsrecht Bd. I 1879.
Treitschke: Der Kaufkontrakt 1865.
Unterholzner: Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen Bd. II 1840.
v. Wangenheim: Das Wiederkaufsrecht. Inaug. Diss. Göttingen 1899.
Wangemann: Die rechtliche Natur des Vorkaufs- und Wiederkaufsrechts. Inaug. Diss. Rostock 1900.
v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. 1867.
Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf-, Pacht-, Miet- und Erbzinskontrakt 1807.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1900.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 6. Auflage 1887.